



Atribución-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-ND 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.es). [Advertencia](#).

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato para cualquier propósito, incluso comercialmente.

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



SinDerivadas — Si [remezcla, transforma o crea a partir](#) del material, no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.es>

**EL ERROR INVENCIBLE EN EL DELITO DE ACCESO CARNAL ABUSIVO
CON MENOR DE 14 AÑOS, ARTÍCULO 208 DE LA LEY PENAL COLOMBIANA.
Conclusiones a partir del análisis dogmático y jurisprudencial de la norma y su
desarrollo a partir de 1991**

**THE INVINCIBLE ERROR IN THE CRIME OF ABUSIVE CARNAL ACCESS
WITH A MINOR OF 14 YEARS OLD, ARTICLE 208 OF THE COLOMBIAN
CRIMINAL LAW. Conclusions from the dogmatic and jurisprudential analysis of the
norm and its development since 1991**

José David Cortés López ¹

Resumen

El error de prohibición es una condición que permite determinar ausencia de responsabilidad en la comisión de un comportamiento delictivo, cuando se logra demostrar que el sujeto activo de la conducta tiene un convencimiento errado de la licitud de su actuar. Es una figura que válidamente puede invocarse en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuando las circunstancias en las que se desarrolla el comportamiento contrario a derecho, enmarcan aspectos personalísimos del sujeto activo que le llevan a tener un grado de convencimiento errado sobre el permiso que tiene para actuar de esa manera, sin embargo, su demostración tiene gran dificultad en el ámbito del proceso penal..

Palabras Clave

Colombia, Delitos sexuales, menor de 14 años, Error de prohibición, Vencible, Invencible, conocimiento, ilicitud.

Abstract

The prohibition error is a condition that allows determining the absence of responsibility in the commission of a criminal behavior, when it is possible to demonstrate that the active subject of the conduct has an erroneous conviction of the legality of his action.

¹ Estudiante en proceso de grado para optar por el título de Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico institucional jdcortes27@ucatolica.edu.co

For the crime of abusive carnal access with a minor under 14 years old that takes place in the context of early dating or in communities that seem to ignore the legal prohibition due to their customs, although its configuration seems evident, its demonstration has great difficulty due to the high censorship that this type of crime has.

Keywords

Colombia, Sexual crimes, under 14 years of age, Prohibition error, Beatable, Invincible, knowledge, illegality

Sumario

Introducción. 1. Antecedentes sobre el error de prohibición. 2. Error de prohibición invencible y sus consecuencias jurídicas. 3. Error de prohibición en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años 3.1. Factores exógenos que inciden en su estructuración. Conclusiones

Introducción

Mediante el uso de los métodos basados en la dogmática jurídica y la sociología jurídica, (Agudelo Giraldo, 2018) se adelantó la presente investigación y con fundamento en el estudio de las normas, la doctrina y la jurisprudencia, se abordó la temática del error de prohibición invencible. Es así que luego de haber indagado en buscadores académicos se logró tener acceso a revistas, artículos, y otros documentos de investigación que profundizaron en asuntos de interés para el trabajo desarrollado y con apoyo adicional en algunos textos de doctrina, se pudo concluir que el error de prohibición en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tiene algunas barreras para su aplicación en el proceso penal.

El análisis normativo se estructura en revisión de doctrina y jurisprudencia para contruir una aproximación a las exigencias para la aplicación de la norma, evidenciándose la importancia de considerar de manera integral los factores exógenos que rodean al individuo, pues estos tienen incidencia en el pensamiento del individuo siendo éste uno de los parámetros indispensables a la hora de considerar la configuración de un a error de prohibición.

En ese contexto puede indicarse que el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, exige la demostración de un convencimiento errado pero total, sobre la licitud de la acción lo que se traduce en ausencia de antijuridicidad en la conducta y puede dar lugar a declarar la ausencia de responsabilidad.

Se trata de llevar al conocimiento del Juez esa circunstancia interior del sujeto activo conocida como la conciencia de la licitud de su actuar. Luego entonces, ese razonamiento del individuo debe exteriorizarse, es decir, debe llevarse al Juez para demostrar, que en efecto se creó en su interior. Sin embargo, la elevada protección de las víctimas en éste delito, quienes gozan de una valiosa y celosa salvaguarda de derechos de raigambre constitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, hace más exigente la carga probatoria para quien desee alegar su configuración a favor..

Así, entendiéndose que de manera general cuando se habla de delitos sexuales la connotación de gravedad surge de la esencia misma de la conducta punible y los bienes jurídicos que se protegen, y que resulta aún de mayor trascendencia cuando la víctima es menor de 14 años (Cortés, 2009), el escenario en el cual se pretenda la demostración del error de prohibición invencible se convierte en un tema de alta complejidad, y entonces, aun cuando la conducta pueda desarrollarse en escenarios que impliquen un convencimiento errado de licitud por parte del sujeto activo, aspecto que permitiría invocar un error de prohibición invencible, , su demostración en el proceso penal es tan exigente que incluso debe vencer el principio jurídico según el cual, la ignorancia de la ley no justifica su incumplimiento.

Luego entonces de presentarse ese convencimiento legítimo de un actuar lícito, resulta necesario examinar cuidadosamente las condiciones personales, sociales, culturales y familiares del presunto autor, pues se trata de una conducta que puede desarrollarse en diferentes contextos, que pueden estructurar el error de prohibición.

Ahora, un componente importante en el análisis de éste tipo de comportamientos es el dolo, y por ello para claridad de la temática que se aborda, es importante recordar que en principio, éste fue concebido como un elemento de la culpabilidad, lo que implicó establecer un nexo entre el autor y el hecho, la voluntad del sujeto activo para la realización del

comportamiento, el desarrollo de actos dirigidos a su consumación y tener conciencia de la antijuridicidad del acto, elementos integrante de lo que se conoce como la teoría estricta del dolo. Con los aportes del finalismo y la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, el dolo pasó a ser estudiado como un componente del tipo penal, pero se desarticularon sus elementos, y entonces, mientras el conocimiento y la voluntad se reconocen como integrantes del dolo, la conciencia de la ilicitud, es decir la antijuridicidad, quedó como componente autónomo de la culpabilidad penal, eso es lo que se conoce como la teoría limitada del dolo.

Lo anterior tiene gran incidencia en el análisis del error de prohibición invencible, pues en la práctica jurídica el juzgador debe dirigir su análisis a desentrañar, si el sujeto activo del comportamiento investigado actuó con o sin conciencia de la antijuridicidad, esto, con el fin de determinar cuál era su grado de conocimiento sobre lo permitido y lo prohibido, y para ello, como se expondrá a través de éste trabajo resulta necesario hacer una ponderación de las condiciones personales, sociales, culturales, personales y económicas del presunto responsable, ya que esta causal no se puede aplicar de manera estandarizada, es decir no a todos los miembros de una comunidad en particular, ni en razón de un parámetro de edad, pues podría entonces desconocerse la voluntad del legislador o generarse una forma de hacer apología al delito.

Lo anterior se puede comprender al considerar que la sociedad colombiana presenta diferentes matices, y por obvias razones, costumbres regionales diversas que arraigan prácticas y usos particulares, entornos donde el individuo desarrolla un modo de vivir propio, factores que inciden en la comprensión de la conducta como delito o como un comportamiento natural, claro está, bajo un entendimiento errado, a la luz de la legislación penal vigente.

Luego entonces, resulta importante la relación que existe entre el comportamiento penalmente reprochable y las condiciones sociales, culturales, económicas y particulares en las que se desarrolla, pues ese análisis concreto y particular permitirá determinar si concurre un error de prohibición invencible, la estructuración de la antijuridicidad del comportamiento. En ese contexto, a través de éste artículo buscaremos dar respuesta a la pregunta: ¿Cuáles son los problemas que surgen para en reconocimiento judicial del error invencible como causal de ausencia de responsabilidad, en el delito de Acceso Carnal

Abusivo con menor de 14 años en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, bajo las posturas jurisprudenciales actuales?

1. Antecedentes sobre el error de prohibición.

Es en el derecho romano donde surge el principio según el cual, la ignorancia de la ley no es excusa para desconocer su obligatoriedad «*error iuris nocet*» o «*ignorantia vel error iuris*», postulado según el cual no se podría justificar un delito a partir del desconocimiento de la norma o de las consecuencias jurídicas de ella, mismo que en su sentido estricto y bajo una interpretación exegética llevaría a hacer imposible la aplicación de una causal excluyente de responsabilidad por desconocimiento de la norma.

No obstante, la evolución en el estudio del derecho penal ha permitido que se concreten algunas excepciones a esa regla general y es precisamente el error, en sus variantes de error de tipo y error de prohibición como se conocen hoy en día,

Para el caso Colombiano, como antecedente se registra que la codificación de 1837, incluyó en el artículo 93 de su legislación penal que la ignorancia de la ley no era una circunstancia para excusar la responsabilidad penal, sin embargo como lo refiere (Ochoa, 2004) para ese entonces, se iniciaba en la dogmática jurídica una diferenciación entre el error de hecho y el de derecho y su incidencia en la punibilidad, sin que se hubiesen concretado avances significativos durante la vigencia de éste Código.

Luego codificación penal de 1890, como lo menciona (Velasquez, 1984) hizo una distinción entre error de hecho y de derecho, identificó los efectos jurídicos suscitados en cada caso, estableciendo en qué casos, el error de hecho daba lugar a la culpabilidad y en cuales se podía concluir que el error era inculpable.

Posteriormente, con la Ley 95 de 1936, que se mantuvo vigente entre el 1º de enero de 1937 y el 23 de enero de 1981 se desarrolló un primer concepto de error de prohibición, al señalar en el artículo 23 que no habría responsabilidad penal cuando entre otras razones, se obrara «*Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible...*» o «*por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal...*», sin embargo, la ignorancia de la ley penal

quedó condicionada a la configuración de fuerza mayor y sólo podía ser invocada para casos de contravenciones.

De manera general entonces se puede decir que para ese momento el error de hecho guardaba directa relación con los elementos del tipo penal, mientras el error de derecho lo hacía con la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita, o sobre su interpretación, así de acuerdo al desarrollo dogmático vigente para aquella época, los problemas del error se resolvían a partir de la teoría del dolo, y se decía que se podía hablar de culpabilidad dolosa, bajo el supuesto que el sujeto actúa con conciencia de la antijuridicidad, y la conciencia de la antijuridicidad es concebida como un presupuesto del dolo. En ésta nueva etapa la teoría del error estableció una distinción entre error de tipo y error de prohibición, último acerca del cual se consagró su configuración bajo una condición de convicción errada e invencible que daba lugar a la inculpabilidad, bajo el entendido que el sujeto activo de la conducta creía estar amparado por una causal de justificación (Poveda, 2006).

En 1952 la Gran Sala de lo Penal Alemana, desarrolla una postura jurisprudencial en la que concluye que los asuntos relacionados con el error de tipo se resuelven a partir de la tipicidad - antijuridicidad y los asuntos alusivos al error de prohibición con la teoría de la culpabilidad. Para la legislación colombiana la dogmática jurídica de la época desarrolló posturas concretas a partir de las cuales el conocimiento del delito pertenece a la culpabilidad. El error de prohibición no se puede excluir del dolo, pero si puede desplazar la culpabilidad cuando se concreta en un error invencible.

La forma de redacción del error en la legislación penal, fue materia de estudio por parte de varios doctrinantes, entre ellos, Fernando Velásquez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Bernardo Gaitán Mahecha y Agustín Gómez Prada entre otros, que en términos generales se circunscribían a la problemática reflejada en la práctica para el reconocimiento del error de prohibición que usualmente generaba confusiones con el error de tipo.

Luego con el Decreto ley 100 de 1980, , el legislador estableció que la ausencia de responsabilidad por ignorancia de la ley penal podría considerarse como una circunstancia excepcional y determinó en el artículo 10º *«La ignorancia de le ley penal no sirve de excusa, salvo la excepciones consagradas en ella»* y de manera concreta frente al error como

causal de inculpabilidad señaló en los numerales 3 y 4 del artículo 40 de ese cuerpo normativo que no sería culpable quien «...realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación» y cuando «...se obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal»

El principio que determina la excepcionalidad con la que la ignorancia de la ley puede constituir una excusa para inaplicar las consecuencias jurídicas que correspondan al comportamiento investigado, fue objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia en demanda de inexecutable, escenario en el que el alto tribunal determinó que en materia penal, la ignorancia de la ley y el desconocimiento de las consecuencias que se derivan de su inobservancia podía tener una interpretación restrictiva (Demanda de inexecutable, 1988) y que en efecto se debían admitir unos límites o excepciones a ese principio, pues entre otras causas, debe tenerse en cuenta la naturaleza de la ley ignorada y las condiciones particulares de las personas que ignoran, lo que conllevaría a determinar una excepción a la regla general que establece un criterio de igualdad ante la ley.

Finalmente, con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 que derogó el Código Penal de 1980, el legislador en el artículo 32 desarrolló un catálogo de causales de ausencia de responsabilidad y señaló entre ellas, que no habrá responsabilidad penal cuando, entre otras circunstancias “*Se obre con error invencible de la licitud de su conducta.*”, siendo ésta la norma que en la actualidad regula el error de prohibición del que nos ocuparemos a lo largo de éste artículo.

2. Error de prohibición invencible y sus consecuencias jurídicas.

El artículo 32 de la Ley 599 de 2000, señala las circunstancias determinadas por el legislador como aquellas en las que «no habrá lugar a responsabilidad...» sin embargo, ha de comprenderse que la ausencia de responsabilidad penal se puede estructurar además bajo otras circunstancias, esto es, que la conducta no exista o sea atípica, entre otras que sin estar incluidas en esa lista pueden llevar a la misma consecuencia jurídica.

En ese escenario, se consagra el error de prohibición invencible como una de esas causales de ausencia de responsabilidad reconocidas por el legislador, condición que exige que

el sujeto activo realice el comportamiento contrario a derecho obrando bajo error invencible, es decir bajo un convencimiento absoluto, de la licitud de su actuar, condición que sólo podrá hacerse visible procesalmente a partir del análisis de los diferentes factores que confluyen al momento en que se desarrolla el comportamiento censurado y que tienen importancia para la declaración de la responsabilidad penal (Fernández, 2011), pues esta especial circunstancia tiene una relación directa con el conocimiento, es decir con un aspecto del fuero interno del infractor sobre el delito y su convicción sobre la licitud de su comportamiento (López, 2003)

De esa manera al obrar en error de prohibición el sujeto cree actuar lícitamente pero perjudica un bien jurídico tutelado bajo una creencia equivocada de un actuar lícito que proviene de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico y que tiene consecuencias penales, (Armaza, 1993)

Los efectos procesales del análisis del error de prohibición invencible exigen la comprensión del dolo como aquel factor que guarda relación con el conocimiento que tiene el sujeto sobre la conducta, su carácter de prohibido. Involucra aspectos internos del sujeto y tal es su importancia a la hora de valorar la existencia de un delito, que pese a que se cause el resultado lesivo, se sabe que ante la ausencia de dolo se podría incluso concluir que el delito no se logra configurar. Sobre el dolo se han desarrollado bajo dos teorías, una alusiva a una versión limitada y otra estricta,

Hablar de dolo estricto es suponer un conocimiento de la conducta delictiva y su antijuridicidad de manera efectiva, no como una expectativa. Sin embargo ésta teoría generó una importante discusión respecto de los casos en que el desconocimiento se produce porque el sujeto se muestra indiferente a los valores protegidos por el derecho penal, caso en el cual se concluyó que opera la sanción jurídica determinada por el legislador, ya que el querer del sujeto está dirigido a mostrarse indiferente ante el derecho, desconocerlo, y por ello deben sancionarse como si hubiese actuado dolosamente (Marin, 2003).

La teoría limitada del dolo trata de dirimir esa discusión y plantea que se estructura cuando el sujeto ha tenido la posibilidad de actualizar su conocimiento, de tal modo que ya no se requiere una comprensión actual como en la teoría estricta (Marin, 2003), basta con un conocimiento potencial, es decir, resulta suficiente tener la oportunidad de actualizarlo pues en ese instante surge un deber jurídico para el sujeto.

Conforme a lo explicado el error de prohibición supone la aplicación de la teoría estricta como lo ha explicado (Velásquez, 2009), y como lo refiere la Corte Suprema de Justicia (Segunda instancia, 2008) al señalar que implica un conocimiento errado que lleva al sujeto al convencimiento de que su actuar está permitido, razón por la cual debe tenerse claro que esa ausencia de conocimiento no recae en los elementos que estructuran la conducta delictiva, sino que se remonta a la permisibilidad (Roxin, 1997), pero en los términos que define nuestra Ley 599 de 2000, debe ser un error invencible, insuperable.

(Córdoba, 2012) Presenta una reflexión interesante sobre el carácter evitable del error y refiere que para la doctrina alemana esta condición se presenta cuando (i) el presunto autor tiene una razón fundada para verificar la condición lícita de su proceder. (ii) el autor debe acudir a la reflexión y la búsqueda de información para determinar la ilicitud de la conducta, (iii) las condiciones particulares del sujeto le hagan exigible acceder a medios de conocimiento para comprender la ilicitud de la conducta. (iv) Que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el ilícito en el momento en que se presenta el hecho pero que en virtud de sus condiciones individuales llegue a concluir que en su caso concurre una aceptación, un permiso, es decir que para él, no se trata de una conducta prohibida.

3. Error de prohibición en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años

El Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años contenido en el artículo 208 del Código Penal es un comportamiento penalmente sancionado, representa una expresión del Estado para buscar la protección del bien jurídico de la integridad, y formación sexual de los menores de 14 años, de quienes el legislador ha indicado se presenta incapacidad para autodeterminarse frente a comportamientos sexuales. La política criminal actual se encuentra inclinada a que la punibilidad en conductas de ésta naturaleza con especial gravedad sean sancionadas de manera ejemplar, con propuestas como la prisión perpetua (Cortés, 2009).

En éste delito se sanciona un comportamiento en el que el sujeto activo de la conducta se aprovecha de las condiciones especiales de la víctima, de quien se presume incapacidad para consentir interacciones sexuales. Válido es precisar que el bien jurídico protegido por éste delito es el de la libertad sexual, la indemnidad sexual, pero cuando se trata de menores o incapaces a manera de presunción legal se concluye que existe una inmadurez psicológica y

ausencia de autodeterminación respecto de su vida sexual (González Rojas, 2015). Sin embargo se trata de una conducta que condena comportamientos que en ocasiones se suscitan bajo circunstancias especiales como noviazgos a temprana edad o costumbres de comunidades que ven con ojos de normalidad el hecho de que menores de 14 años empiecen una vida de pareja.

En la legislación penal colombiana se han definido una serie de eventos en los que se configuran causales que se han denominado, de ausencia de responsabilidad, entre las cuales se encuentran, el error de prohibición, figura que supone un convencimiento equivocado del autor sobre la licitud de su actuar y aunque su reconocimiento impide estructurar la antijuridicidad, exige demostrar circunstancias particulares que involucren aspectos sociales, culturales y económicos, con incidencia en esa errada comprensión que tiene el presunto responsable de los hechos.

Sobre el tema, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indica que un menor de 14 años tiene imposibilidad de asentar comportamientos sexuales por incomprensión del acto en sí mismo, lo que en un escenario de relaciones sexuales consentidas, supone un aprovechamiento de esa especial condición de incapacidad, se trata de una presunción de derecho que no admite prueba en contrario *iuris et iure*. (Sentencia de Casación, 2005), de allí que el error de prohibición no puede recaer en los elementos estructurales de la conducta, pues se trasladaría a un error de tipo, debe concretarse en la permisibilidad que en la comprensión del autor se ha gestado y que le lleva a un convencimiento de que su proceder no está prohibido.

Sin embargo, aunque es una estrategia defensiva válida, su declaración en sede judicial encuentra barreras que van desde la valoración probatoria permeada por el prejuicio implícito que tiene la naturaleza misma del comportamiento, hasta la subjetividad del operador judicial. El juicio valorativo entre éste y otros delitos suele ser diferente, se encuentran criterios incomparables en casos análogos, lo que se traduce en inseguridad jurídica, razón por la en aquellos casos en los que se invoca su configuración surge el deber de examinar al detalle esas condiciones especiales del sujeto activo que lo llevaron a ese convencimiento que se traduce en la causal de ausencia de responsabilidad.

3.1. La jurisprudencia y el error de prohibición en el delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años.

Efectuada una minuciosa búsqueda de pronunciamientos judiciales sobre error de prohibición aplicado en delitos de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años, desde 1991, se observa que la particularidad de la temática no fue objeto de nutridos pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, en punto del error de prohibición, se encontraron algunas decisiones que evidencian el criterio de la Corte frente a ésta institución jurídica. Así en (Casación, 1993), la Sala de Casación Penal al estudiar la configuración de ausencia de culpabilidad señaló que para que el error de prohibición encuentre fundamento para su aplicación, se requiere que la víctima desarrolle comportamientos que *razonadamente* lleven al procesado a un estado de convencimiento de hallarse en la necesidad de defenderse de una agresión injusta, esto, en el marco de un caso relacionado con unos hechos de homicidio en los que también se analizó la estructuración de una legítima defensa.

En ésta oportunidad la Corte concluyó que el Tribunal hizo referencia a las figuras de error de prohibición y legítima defensa de manera indistinta, sin considerar que se trata de institutos jurídicos diferentes, pues mientras uno constituye una causal de inculpabilidad, el otro representa una causal de justificación, sin embargo la Corte no desarrolló un concepto claro sobre error de prohibición.

Posteriormente, en (Casación, 1994) se analizó la configuración del error de prohibición establecido por el legislador en el artículo 40, numeral 3° del Decreto Ley 100 de 1980, en el que se determinó como causal de ausencia culpabilidad «*Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación*» y precisó la Corte que no resulta suficiente una consideración especulativa sobre el error invocado, pues ésta es una condición aceptable respecto de cualquier individuo, y por ello, la entidad de constituir una causal que libere de la culpabilidad en una conducta sancionada penalmente, es necesario estudiar la naturaleza de la equivocación, las condiciones del protagonista y la circunstancias que rodean el acontecimiento.

Se pone de presente entonces en la jurisprudencia que juegan un papel importante los factores exógenos que inciden en la culpabilidad de aquel que se presume responsable. Así, la realidad respecto de las condiciones sociales, culturales y económicas en las que se desenvuelve el presunto autor y por su puesto los hechos, tienen gran incidencia en la configuración del error de prohibición.

En el año 1996, la Corte Suprema de Justicia, (Casación , 1996) se pronunció frente a la configuración del error en un caso seguido por el delito de invasión de tierras indicó que el error de manera general; esto es, en la modalidad de tipo o de prohibición, exige que el sujeto activo esté en un grado de convencimiento invencible sobre el hecho de estar amparado por una causal de justificación o en su defecto, que no se cumple con alguno de los elementos constitutivos del tipo, pues sólo de esa manera tiene la posibilidad de excusar su comportamiento.

Un año más tarde, la Corte Suprema de Justicia también con referencia a un caso de homicidio, (Casación, 1997) señaló que aún cuando la defensa hizo alusión al error esencial de hecho, figura que corresponde a la descripción utilizada en la legislación de 1936, cuando en el artículo 23 numeral 2 de la codificación penal se señaló que las formas de error aplicables como causal de inculpabilidad serían la buena fe determinada en la ignorancia invencible, y el error esencial de hecho y de derecho no imputables a negligencia, desconoció el profesional que esa clasificación se tornó insuficiente respecto de los contenidos mismos para desarrollar cada uno de los tipos de error generándose una imposibilidad dogmática de sostener la división, ya que se llegó a concluir que todo error jurídicamente relevante, debía tomarse como un error de derecho.

Recordó entonces la Corte que la descripción legal del error adoptada en la legislación de 1936 fue sustituida por las modalidades de error de tipo y error de prohibición, con lo que se buscó superar el absolutismo de la presunción de conocimiento de la ley penal, y de esa forma respecto del primero se exige el desconocimiento de esos factores objetivos que pertenecen al tipo penal y en el segundo aquellos que guardan relación con la antijuridicidad de la conducta.

Esta decisión resulta una parte relevante para la presente investigación toda vez que refleja la evolución que la dogmática jurídica tuvo respecto del error de prohibición entre 1936 y 1997.

Ya con relación a la postura o criterio de interpretación asumido en vigencia de la Ley 599 de 2000, código vigente en la actualidad, la misma Corporación (Casación, 2005), destacó como en la legislación anterior el error de prohibición excluye la culpabilidad con la misma metodología que lo hacía respecto del error de tipo, y bajo la aplicación de la teoría estricta del dolo el conocimiento de la tipicidad y la antijuridicidad obraba en condiciones de igualdad,. Con la entrada en vigencia del código del año 2000, el sistema jurídico penal adoptó el concepto de injusto desarrollado en el artículo 7° de ese cuerpo normativo, lo que implicó una nueva mirada sobre la teoría del delito y entonces se asumió que dentro de aquella noción de injusto se debía incluir la conducta típica, destacando que el dolo y la culpa son modalidades de la conducta punible, y la conciencia de la antijuridicidad forma parte del aspecto subjetivo de la misma.

Resalta la Corte que el análisis dogmático del injusto se ha desarrollado con relación a dos teorías de culpabilidad, la limitada y la estricta, y se ha concluido que el error con relación a las causales de justificación, debe tratarse como si fuera un error de tipo bajo el entendido que la tipicidad implica una prohibición mientras la justificación enmarca circunstancias de permisibilidad que anularía la prohibición y reitera que la conciencia de la antijuridicidad se analiza en el espacio de la culpabilidad más no del tipo penal.

La postura jurisprudencial fue retomada por la Corte en (Casación, 2008) oportunidad en la que además indicó que en el error de prohibición se presenta una falla en el conocimiento del agente, quien aunque conoce los elementos estructurales de la conducta punible asume que tiene permiso legal para ejecutarla, pero en todo caso, para que tenga relevancia jurídica y tenga la entidad suficiente para excluir la responsabilidad penal, debe ser de tipo invencible, pues en caso contrario se genera un atenuante respecto de las consecuencias jurídicas del delito, como se indica en el numeral 11 del artículo 32 de la ley 599 de 2000. Este criterio jurisprudencial se mantiene en la actualidad y sobre el cual se analiza la estructuración del error de prohibición.

Ahora de manera puntual, respecto al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, luego de efectuar revisión sobre la jurisprudencia aplicada al tema, esto es, el error de

prohibición invencible en éste tipo de comportamientos, se evidencia que es poco el desarrollo jurisprudencial creado, pues en la mayoría de casos, la tesis de defensa se ha estructurado sobre la teoría del error de tipo invencible, fundamentado en el desconocimiento que se atribuye al sujeto activo de la conducta sobre la edad de la víctima, Para el efecto, me permito citar los datos obtenidos respecto de las decisiones proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia entre 1991 y 2021, como resultado de la consulta hecha en (Corte, 2021)

Tabla 1

FECHA	DATOS DE LA PROVIDENCIA	SOBRE LOS HECHOS	CLASE DE ERROR
17/02/2021	NÚMERO DE PROCESO: 56659 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP370-2021	BOGOTÁ Relación sexual entre un joven de 20 años y una menor de 12 años de edad, que tuvieron acercamientos previos a través de una red social	TIPO
20/01/2021	NÚMERO DE PROCESO: 52261 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP022-2021	BUCARAMANGA Relaciones sexuales desarrolladas entre un noviazgo suscitado entre un joven de 20 años y una menor de 13 años de edad.	TIPO
06/05/2020	NÚMERO DE PROCESO: 50889 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP921-2020	MANIZALES Relaciones sexuales desarrolladas entre un noviazgo suscitado entre un joven de 18 años y una menor de 13 años de edad.	TIPO Y PROHIBICIÓN
04/03/2020	NÚMERO DE PROCESO: 49669 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP758-2020	PEREIRA Relación sexual entre un hombre de 38 años y una menor de 12 años de edad, que se conocieron en la vecindad donde residían	TIPO
03/07/2019	NÚMERO DE PROCESO: 50245 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP2456-2019	VEREDA CHONTALITO - SANTA BÁRBARA (ANTIOQUIA)	TIPO Y PROHIBICIÓN

		Relaciones sexuales desarrolladas entre un noviazgo clandestino suscitado entre un hombre de 33 años y una menor de 13 años de edad que resultó en estado de embarazo y posteriormente sufrió un aborto.	
20/03/2019	NÚMERO DE PROCESO: 53473 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP922-2019	FACATATIVÁ Relación sexual entre un hombre de 30 años y una menor de 13 años de edad, en el marco de un noviazgo suscitado entre ellos	TIPO
23/05/2018	NÚMERO DE PROCESO: 46992 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP1783-2018	ARAUCA Un hombre joven de quien no se dice la edad en la providencia, sostuvo relaciones sexuales con una menor de 13 años de edad. Producto de estos encuentros se generó un embarazo y un posterior aborto. La víctima y el procesado se conocieron en una discoteca.	TIPO
09/05/2018	NÚMERO DE PROCESO: 49112 NÚMERO DE PROVIDENCIA: SP1489-2018	BARBOSA – ANTIOQUIA Un hombre de 40 años sostuvo relaciones sexuales en dos oportunidades con una menor de 13 años de edad. Relación sentimental clandestina.	TIPO
27/04/2000	ID: 403210 NÚMERO DE PROCESO: 12772	CODAZZI – CESAR Un hombre profesional en temas agropecuarios, sostuvo relaciones sexuales en dos oportunidades con una menor de 13 años de	

edad, quien trabajaba
para en labores de
servicios de aseo en su
apartamento.

Con todo, se advierte que los referentes jurisprudenciales han establecido criterios de análisis frente a la aplicación del error de prohibición de manera general en materia penal, (i) Su estructura se forma a partir de una falla en el conocimiento del sujeto activo (ii) El sujeto activo conoce los elementos estructurales del delito (iii) El sujeto activo se encuentra bajo un estado de convicción invencible sobre el permiso legal para ejecutar la conducta (iv) La justificación del actuar se enmarca circunstancias de permisibilidad que anulan la prohibición contenida en el tipo penal (v) No hay conciencia de la antijuridicidad.

Ahora bien, entendidos los criterios que de acuerdo a la jurisprudencia dan vida a la causal de ausencia de responsabilidad establecida en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, en la que se exige obrar con error invencible de la licitud de su conducta como condición *sine qua non*, resulta lógico que éste convencimiento se configure a partir de las circunstancias particulares, individuales del sujeto activo, derivadas de costumbres y vivencias sociales, culturales, personales, económicas, o situaciones que pueden llevar a diferentes estados de conocimiento.

Al respecto, la doctrina ha referido que esta clase de error es una especie de prohibición culturalmente condicionado (Barrios, 2018), en la medida en que aunque se exige al sujeto tener conocimiento de los elementos que estructuran la conducta punible, de manera particular, con referencia a la prohibición, el sujeto se convence totalmente de que por sus condiciones personales, tiene permiso para ejecutarla y entonces es un comportamiento que carece de culpabilidad debido a la falta de conciencia en el perjuicio generado al bien jurídico tutelado por el legislador penal, ya que amparado en su cultura, costumbres sociales y familiares, o en el marco de la cotidianeidad de su contexto social, considera en grado de convicción que se trata de una conducta que le es permitida.

En esas condiciones, no puede desconocerse que la diversidad social es una realidad que presenta desafíos para el Derecho, que la apertura de información a través de redes sociales, y otros medios de comunicación usados a través de la internet brindan a la sociedad en general

la posibilidad de acceder a información sexual de todo tipo, circunstancia que ha sido valorada a través de estudios psicológicos concluyéndose que ha generado como consecuencia un inicio temprano de la sexualidad (López, Rojas, & Sánchez, 2017) y aunque los destinatarios de las normas jurídicas se encuentran amparados por el principio de la igualdad, y en esas misma medida, el sometimiento a la ley se debe producir con observancia de éste principio, , de tal suerte que la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito sean aplicables a cualquier ciudadano sin distingo de consideraciones diferentes a las establecidas en la ley como lo dispone el artículo 7° de la Ley 599 de 2000, surgen dificultades derivadas de aquellas circunstancias especiales del delito aplicado a los casos en concreto y en ese contexto resulta relevante no solo la afectación de la víctima sino aquellas circunstancias relacionadas de manera particular con el procesado, y en lo que nos interesa, sobre esas condiciones particulares que le llevan al convencimiento de que su actuar es lícito.

(Garay, 2017), ofrece una visión general frente al delito y la responsabilidad, y de manera concreta frente al error de prohibición señala que éste se origina en el momento en que un sujeto realiza una acción conociendo los elementos que componen el tipo penal, pero, desconociendo o sin conciencia de la antijuridicidad, explicación que responde a la dogmática con la que se viene manejando la figura, pero agrega que los factores que pueden motivar ese desconocimiento pueden ser (i) la vigencia del tipo penal, (ii) la errada interpretación de ella (iii) El convencimiento de la existencia de una causal que justifique su comportamiento.

No obstante, no puede perderse de vista que la aplicación de la ley penal debe tener presente el principio de culpabilidad, así la pena sólo puede imponerse al autor responsable de una acción u omisión dolosa o culposa catalogada como delito, luego de haberse concluido que teniendo la posibilidad de actuar conforme a derecho, decidió no hacerlo para incurrir en el comportamiento prohibido. Llegar a esa conclusión no es más que el resultado del juicio valorativo complejo, que responde a un análisis jurídico del acervo probatorio recaudado siempre bajo la observancia estricta de los postulados del debido proceso, y que materializa a facultad punitiva del Estado que le permite alcanzar los fines perseguidos con el proceso penal, entre ellos, mantener control social.

Sin embargo debe recordarse que el derecho penal se desarrolla bajo el principio de mínima intervención, es *ultima ratio*, lo que impone que la sanción penal surja como

consecuencia del ejercicio práctico del operador judicial, lo que implica adelantar un análisis general de las situaciones que se involucran en cada caso particular, especialmente porque, la sanción penal nunca podrá tener como único fundamento el ejercicio de poder punitivo (Bovino, 1989), más aún cuando la ley penal involucra derechos fundamentales de raigambre constitucional de altísima importancia como lo son el derecho a la libertad y la dignidad.

Necesario es referir que aunque la ley tiene un efecto general, aplicable y exigible a todos los ciudadanos sin distingo de condiciones de raza, sexo, color, aspectos económicos y demás matices; para el caso del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, resulta de trascendental importancia teneren cuenta la multiculturalidad como parte de esos factores que en un todo debe considerar la justicia para determinar la responsabilidad en la comisión de un delito, pues el actuar podrían enmarcarse en un error de prohibición invencible

Así conviene destacar que el sistema penal colombiano consagra el principio de libertad probatoria, y a su vez la apreciación de la prueba se orienta en el principio de la sana crítica con los que se exige al juzgador edificar su decisión en juicios valorativos generales, relativos a la verdad procesal, que consideren aspectos tales como las reglas de la lógica, la experiencia, las ciencias y artes afines. Se trata de un análisis liberal pero racional en el que influyen todas las variables y circunstancias especiales del delito y aquellas que guardan relación con la responsabilidad del procesado (Boris, 2018).

Así las cosas, el error de prohibición desde una valoración cultural diferenciada, donde el análisis de la antijuridicidad involucra el conocimiento, la comprensión e internalización de un elementos de permisibilidad que se tiene para incurrir en la conducta que se denomina delito, permiten estructurar la idea de una defensa sustentada en un error de prohibición invencible, en el que las circunstancias derivadas de la costumbre, la cultura, el entorno social, familiar y particular llevan a edificar lo que la dogmática ha referido como un error de prohibición culturalmente condicionado (Ara, 2014).

Y no se trata de una situación aplicable con exclusividad a casos de comunidades sectarias o alejadas de las grandes ciudades, donde predominan deficiencias en suministro de electricidad, y por supuesto en el uso de internet, aspectos que claramente se conjuga un tema de ausencia de recursos importantes en el desarrollo de la educación y que en rutan enfoques culturalmente diferentes a aquellos que predominan en lugares más privilegiados;, pues

también se estructura a partir de la relevancia que tienen las circunstancias tales como los noviazgos entre una persona menor de 14 años y una mayor de edad, la exposición y uso de información sexual en redes sociales, la temprana exposición de los menores a contenidos sexuales, y en todo caso, aquellas condiciones particulares de los sujetos pasivo y activo de la conducta que tienen relevancia para determinar el convencimiento que tenga el agente de la licitud de su comportamiento y por ende en la configuración de un error de prohibición invencible.

Sin embargo, aunque los factores enunciados incidan en la estructura de pensamiento de las personas en general, debe destacarse que en todo caso, respecto de los menores de 14 años, se presume incapacidad para consentir cualquier comportamiento de naturaleza sexual, y la presunción de derecho que sobre ellos, no admite prueba en contrario, de tal suerte que estos factores exógenos que rodean el entorno social, individual y familiar del menor de 14 años no resultan influyentes en el análisis de la capacidad de las presuntas víctimas en este tipo de delitos, como tampoco en el grado de convencimiento que tenga el presunto autor de la conducta, sobre la permisibilidad que cobija su actuar.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su más reciente pronunciamiento concreto frente al error de prohibición invencible en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (Sentencia de casación, 2020) abordó el caso de un adulto de 18 años de edad, que en el marco de una relación de noviazgo con una menor, que tenía 13 años de edad sostuvo relaciones sexuales, consistentes en accesos carnales “*consentidos*”.

Señaló la Corte que la tesis defensiva planteada en el caso se estructuró en el hecho de que el procesado desconocía que “*amar*” era un delito y que las relaciones sexuales suscitadas entre la pareja fueron producto del amor.

En efecto, respecto de la situación fáctica que se destacó en la sentencia refiere que se trató de un noviazgo surgido entre dos jóvenes que se encontraban en etapa escolar, que de acuerdo a lo establecido a través del proceso, el sentenciado quien para la época de los hechos dependía de sus padres, tuvo con la víctima su primera experiencia amorosa, y el trato sexual que surgió entre ellos se desarrolló bajo el convencimiento absoluto de que se trataba de actos de amor.

En lo relevante para el estudio que se adelanta, la Corte refirió que en este asunto el Juez de primera instancia mostró confusión entre el error de tipo y error de prohibición y aunque consideró que frente a este último se estructuraba una hipótesis de vencibilidad, situación que daría lugar a la imposición de una pena atenuada, decidió absolverlo, destacando las falencias de la decisión en el manejo de las instituciones de error de tipo y de prohibición.

De otra parte, en lo que respecta a la decisión del Tribunal Superior, en sede de segunda instancia destacó que no reconoció el error de prohibición invocado tras considerar que el procesado era una persona joven, cognitivamente sana, cursaba último año de estudios secundarios, tenía acceso amplio a información a través de recursos tecnológicos, y respecto de las circunstancias propias de los hechos, estimó que en las ocasiones en que ingresó al apartamento donde vivía la víctima, que se entiende fueron las oportunidades en las cuales se desarrollaron los hechos, lo hizo de forma clandestina, en ausencia de los demás habitantes de la residencia, aspecto que consideró demostraba el conocimiento que tenía el procesado sobre la ilicitud de su comportamiento, pues concluyó que la minoría de edad de su novia, era el motivo por el cual actuaba de esa manera, esto es, en clandestinidad.

Al respecto consideró la Corte que el Tribunal fijó un «*alcance distinto*» a la prueba. Preciso que el problema jurídico se centró en determinar si el trato sexual producido en la relación amorosa estructurada entre el procesado y su novia y menor víctima, fue ilícito o no, pues para el procesado, la prohibición no existía en virtud del afecto en el que se desarrollaba la relación amorosa.

Para resolver el asunto la Corte valoró la falta de experiencia del procesado en relaciones amorosas que involucraran una vida sexual activa, y consideró que aunque en la actualidad la tecnología brinda posibilidad de tener mayor proximidad al conocimiento, así como el acceso fácil a aquella información que contiene campañas promovidas para defender la sexualidad y marcar pautas para el ejercicio de una vida sexual responsable, y otros contenidos importantes que permiten determinar el carácter lícito o ilícito de un comportamiento sexual, no se puede generalizar, pues hay otros aspectos como las limitaciones económicas, las ocupaciones, y otros tantos que restringen la oportunidad de acceder a esos recursos tecnológicos, y por ende merman esa facilidad de acceder al conocimiento, o como en el caso de procesado que pese a tener una proximidad con ésta clase de recursos, sus

condiciones sociales, familiares e individuales, resultan importantes para determinar la concurrencia del error de prohibición.

En esas condiciones señaló que aunque no podía pasarse por alto el grado de escolaridad del acusado, pues para esa época cursaba último año de educación media, la ausencia de «juicios demostrativos» sobre la formación en materia sexual impartida por el establecimiento educativo, no permitiría arribar a la conclusión de que en su caso, el grado de escolaridad fuera una condición suficiente y determinante para acreditar la capacidad el grado de conocimiento de la ilicitud del comportamiento sexual con la menor, como contrario a derecho, pese a la motivación de profundo amor que sentía por su pareja.

Adicionó la Corte que si bien es cierto desde hace algún tiempo en las instituciones educativas se han impartido programas de formación sexual como parte de la educación integral que deben recibir los estudiantes, no fue acreditado en el juicio si en el caso particular del acusado, el colegio se ocupó de la temática concreta, destacando que para que éste factor tuviese relevancia frente a el error de prohibición alegado por el acusado, tendría que haberse demostrado no sólo que se le brindó información sobre las generalidades del comportamiento humano en la vida sexual, sino que era necesario haber recibido información concreta y precisa sobre las circunstancias que denotan un delito en estos escenarios.

También puso de presente que el conocimiento que los padres de los jóvenes tenían sobre la relación de aquellos y las recomendaciones que recibían respecto del buen manejo de la relación sentimental, e incluso el hecho de que la terminación de la relación se hubiese dado por el conocimiento que tuvo la progenitora de la menor y su desacuerdo con la misma, en ningún momento actualizaron el conocimiento del acusado sobre la ilicitud de su comportamiento.

Para la Corte que la prueba allegada a la actuación demostró que el acusado, aún en su condición de estudiante, no tuvo oportunidad de actualizar el conocimiento sobre la ilicitud de su comportamiento circunstancia que basta para que surja clara la configuración del error de prohibición en favor del acusado. Respecto de la clandestinidad en la que los jóvenes ingresaron al apartamento para sostener relaciones sexuales estimó la Corte que se trataba de un comportamiento natural pues los encuentros sexuales no se realizan a la vista de otras personas, ni de manera pública, y aunque las relaciones sentimentales pueden socializarse y

hacerse visibles en su entorno, no sucede lo mismo cuando se propician tratos sexuales en la pareja que por regla general se desarrollan en un escenario de intimidad.

En consideración de todos estos aspectos concluyó la Corte que en efecto para el acusado los encuentros sexuales con su novia no constituían un delito pues eran actos de amor entre la pareja y no, consecuencia de actos violentos, abusivos, pervertidos o engañosos.

Como puede observarse la decisión de la Corte hace un análisis de los factores exógenos que rodearon el entorno en el que desarrollaba la vida cotidiana del acusado, con juicios valorativos distintos a los realizados en las decisiones de primera y segunda instancia, y no como producto una experticia científica.

Luego entonces pareciera que como lo refiere (Boris, 2018) al retomar conclusiones de la doctrina Alemana, expuestas por (Schmidt, 1892) quien a su vez cita la obra de (Stein, 1988), quienes se ocuparon de estudiar la función judicial desde la óptica de la percepción del funcionario fallador y la influencia que tiene para sus decisiones lo que se denomina las máximas de la experiencia, y concluyen que los juicios en los que se estructuran argumentos a partir de experiencias que el autor explica como definiciones generales, aunque se desligan de los hechos propios del caso que se resuelve, y pretenden tener validez para nuevos casos, no debe convertirse en "*juicios sensoriales*" del juzgador, basados en declaraciones de experiencia construidas a partir del estudio de casos anteriores, simplemente son valores que se aproximan a la verdad que se busca a través del proceso.

Es así que para este tipo de delitos sexuales cobra especial relevancia el análisis particular de las circunstancias propias en que desarrolla la vida el presunto autor, pues pese a la gravedad de la conducta y la censura social que tiene este tipo de hechos que afecta bienes jurídicos que el legislador protege respecto de los niños, niñas y adolescentes de la sociedad colombiana, el error de prohibición puede producirse con alguna frecuencia y por voluntad de ese mismo legislador, al concretarse tal institución, no se estructura la antijuridicidad del comportamiento señalado como delito, generándose la absolución del presunto responsable

Ahora, la misma Corporación en oportunidad anterior, esto es, un año atrás (Casación, 2019) al referirse a un caso de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en los que se involucró un hombre de 33 años y una niña de 12 años, menor que resultó en embarazo en

hechos acaecidos en zona rural de Antioquia, y que como antecedente procesal dentro de esa misma actuación se refiere una absolución en primera instancia, y una condena en segunda, y valga aclarar que aunque el eje central de la discusión jurídica se enmarcó en la configuración de un error de tipo, señaló la Corte que aunque la defensa haya hecho alusión a las calidades personales, sociales, laborales y familiares del acusado, estos factores no sirven de indicativo para determinar si el enjuiciado mantuvo relaciones sexuales prohibidas con una menor de 14 años, es un escenario de conocimiento y voluntad de su actuar prohibido y que aunque se puso de presente la clandestinidad con la que manejaron la relación suscitada entre el procesado y la víctima en razón de la infidelidad del primero de los mencionados con su esposa, más no porque creyera que se tratara de un comportamiento contrario derecho, ésta última justificación corresponde a un argumento útil en la discusión que podría generarse sobre un error de prohibición, que no fue planteado por la defensa.

Lo anterior resulta disímil con la teoría del error de prohibición, pues debe recordarse que como se ha expuesto en líneas anteriores, la dogmática jurídica pone de presente que éste se estructura a partir de un convencimiento errado del presunto responsable sobre la licitud de su comportamiento, pese a conocer la descripción del tipo penal y el carácter de delito que lo enmarca, razón por la cual, los factores de orden social, personal, cultural, familiar del individuo, si juegan un papel importante para determinar si se estructura o no la antijuridicidad en el actuar del procesado y con ello, el delito endilgado, más aún cuando del relato expuesto en la sentencia se evidencia que la menor no se mostró afectada por los hechos, y claro está sin que esa mera circunstancia, denote la ausencia del daño al bien jurídico, si podría poner de presente un ambiente de normalidad y por ende una práctica socialmente aceptada, que haga necesario estudiar a fondo la antijuridicidad como elemento estructural del delito.

Otro ejemplo se encuentra en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia (Casación, 2018) oportunidad en la que la Corte conoció un caso que tuvo origen en hechos de presunto acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en el que se involucró un hombre adulto de 40 años de edad y una menor que contaba con 13 años de edad, quienes luego de conocerse en

un bus de transporte público, empezaron una relación de la cual tuvo conocimiento los progenitores de la niña y el hermano mayor, quienes pusieron de presente la condición de edad de la niña y que además ella tenía problemas psicológicos y psiquiátricos, sin embargo, se gestó una relación entre ellos, con encuentros a altas horas de la noche y conversaciones sobre la posibilidad de generar una convivencia, aquí, pese a que la discusión jurídica giró entorno a un error de tipo, estimó la Corte que el Tribunal equiparó erróneamente el análisis de error invocado por la defensa con las particularidades del error de prohibición.

Esta circunstancia, es decir la confusión que se genera en el operador judicial para analizar las circunstancias propias del error de tipo y las del error de prohibición resultan frecuentes, pues a manera de ejemplo se citará la decisión proferida en sede de segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, (Sentencia Segunda Instancia, 2016), autoridad judicial que al resolver la apelación de la sentencia, abordó el conocimiento del caso de un hombre que decidió conformar familia con una menor de 14 años, con quien procreó un hijo y fue Juzgado y sentenciado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Los hechos jurídicamente relevantes consignados en la sentencia de primera instancia y retomados en la decisión de la apelación indican que el enjuiciado era un hombre de 44 años de edad que para los años 2010 y 2011, sostuvo una relación de pareja y convivencia permanente con una menor que para la época tenía entre 12 y 13 años de edad, generándose incluso la procreación de un hijo en un escenario propio de la conformación de una *familia*.

El juzgado de primera instancia encontró demostrada la responsabilidad del acusado respecto del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo, y reconoció la consolidación de un error de prohibición de carácter vencible, lo que dio lugar a la imposición de la pena, pero disminuida en la mitad.

En la apelación se planteó que no se trataba de un error de prohibición vencible puesto que el carácter de error de prohibición acreditado en el juicio, en criterio de la defensa era invencible ya que el enjuiciado conocía y entendía su proceder pero asumió que era una conducta lícita y por tanto, la consecuencia jurídica era la absolución y no la disminución punitiva.

Se puso de presente en las diligencias que **la apariencia de legalidad de la conducta sustentada en los valores y costumbres culturales de la comunidad, no es un criterio absoluto que valide la conducta y en ese contexto**, aunque la madre de la víctima en testimonio rendido en el juicio señaló que era normal, o usual que niñas de esa edad empezarán una vida marital bajo el consentimiento de sus padres, como en efecto sucedió en ese asunto, el Tribunal consideró inusual, que una niña de 12 años de contextura delgada, con una estatura de 1.45 mt, inicie una relación de convivencia en pareja con un hombre 34 años mayor que ella.

Adicionalmente consideró el fallador que la posibilidad del acusado de actualizar el conocimiento de la ilicitud del comportamiento estaba garantizada pues aunque se conoció que la pareja habitaba en una vereda en la que no había acceso a los servicios públicos, era un lugar cerca del casco urbano, y al tener afiliación al SISBÉN, el enjuiciado tenía acceso a servicios de salud, y por tanto bajo un comportamiento diligentemente razonable, pudo actualizar su conocimiento respecto de la licitud de su proceder, por ello, concluyó que a pesar de las *"limitadas condiciones socioculturales del autor"* debió actualizar su conocimiento para advertir que era contrario a derecho y tenía carácter de delito.

Afirma además el Tribunal que con la declaración de la progenitora de la menor y la psicóloga de la defensoría de familia que realizó entrevista a la víctima, se logró determinar que las condiciones económicas en las que desarrollaba su vida el acusado y la víctima como pareja, eran precarias y no tenían acceso a servicios públicos, la educación sexual y reproductiva del acusado no estaba en tal estado de ignorancia pues también se conoció que el hombre había mantenido una convivencia de pareja con la madre de la víctima en época anterior, razones que se consideraron suficientes para determinar que el acusado tenía conocimiento claro de lo que significaba una vida sexual activa, reproductiva y de pareja.

En ese contexto, concluyó el Tribunal que el error era vencible y por tanto había lugar a la sanción penal con la disminución punitiva, consecuencia procesal propia de la figura jurídica.

Como puede verse el criterio jurídico que se aplica a los casos en los que se invoca un error de prohibición invencible en este tipo de conductas tiene muchos matices, y sin entrar a hacer validaciones jurídicas que no corresponden, pues ese es el escenario propio de los estados judiciales, para efectos académicos, se puede indicar que el desarrollo de las sociedades con

sus aspectos particulares, propios de evolución y costumbres, hacen que los delitos tengan una específica significación que varía por el momento histórico, tempero espacial y específico en el que se desarrolla. (Gomez Pavajeau, 2018), hace un análisis pormenorizado de la antijuridicidad, las causales de justificación y las de ausencia de responsabilidad y señala que en el marco del derecho punitivo, la norma penal debe considerarse o entenderse en el modelo de Estado en el que se va a aplicar, pues no se puede desconectar la teoría del delito de la realidad, ósea la dogmática penal, de aquellas condiciones, sociales, políticas y económicas que giran en torno al presunto autor, factores que tienen incidencia en la aplicación de las consecuencias determinadas por el legislador, pues es allí donde se produce la afectación de los bienes jurídicamente protegidos por el derecho penal, y la antijuridicidad, que su expresión general implica la contrariedad con el derecho, comprende desde uno de aspectos el conocimiento del carácter ilícito de la conducta y en ese contexto la calificación de vencible o invencible sobre el error es la que permite determinar la responsabilidad del enjuiciado (Arboleda Vallejo & Ruiz Salazar, 2005).

Hechas las anteriores precisiones, se insiste, no se trata entonces de cuestionamientos sobre las decisiones judiciales que se han comentado en el presente artículo, o juicios elaborados a partir de moralismos o discursos éticos sobre la situación fáctica que involucra cada caso, lo que se pretende mostrar, desde un análisis académico, es la variedad de criterios aplicados por los operadores judiciales al momento de decidir los casos, situación que podría tornarse en una consecuente inseguridad jurídica, , pues las posturas fluctúan entre funcionarios, entre la configuración de un error de tipo, un error de prohibición vencible e invencible, siendo institutos procesales distintos en su estructura y sus consecuencias jurídicas.

También se advierte que a pesar de que el error de prohibición es una institución de vieja data para el derecho penal, es poca la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre el tema y pese a que ha sufrido algunas modificaciones a partir del estudio dogmático de la figura, no es muy usada en el contexto práctico, pues en la mayoría de los casos se acude a alegar la existencia de un error de tipo.

Luego entonces, si bien es cierto, para que se configure un error de prohibición en éste tipo de delitos, deben converger situaciones particulares que involucren aspectos sociales, culturales, económicos que guarden relación directa con el convencimiento de la ausencia de prohibición (Flórez Garay, 2017), el error de prohibición invencible en este tipo de delitos

puede ser una condición válida y común en diferentes contextos de la sociedad colombiana, pero su reconocimiento en sede judicial ofrece alta complejidad.

La demostración del error de prohibición invencible en el sistema procesal penal colombiano, exige un análisis jurídico sobre los factores que determinan la personalidad del presunto autor, pues incluso se ha afirmado (Sierra Rivera, 2020), que las presuntas víctimas de esta clase de delitos quedan excluidas del debate probatorio, en especial por la presunción legal de su falta de capacidad para consentir estos comportamientos.

Como lo refiere (Bunge, 2001) el derecho es lógico pero también finalista pues el ser humano es pensante y desarrolla sus actos en ejercicio de su conciencia y voluntad, por ello explica sus comportamientos a partir de la finalidad que persigue con sus actos.

Conclusiones

El error de prohibición invencible en la legislación penal, es una institución consagrada en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, que concreta en una falla en el conocimiento del presunto responsable, quien a pesar de tener comprensión de la existencia del tipo penal y sus elementos estructurales, asume de manera equivocada que en su caso particular existe un elemento de permisibilidad.

Una vez configurado, señala el legislador que tendrá la potencialidad de exonerar la responsabilidad penal cuando se trate de un error invencible, esto es, que el agente no haya tenido posibilidad alguna, si quiera mínima, de actualizar su conocimiento para comprender la ilicitud de su comportamiento, pues de haberse generado la posibilidad de rectificar esa convicción equivocada que sustenta el error de prohibición, habrá responsabilidad penal, pero la sanción punitiva comportará una rebaja de la mitad de la pena.

Se trata de una figura jurídica que se aplica sin distinción de delitos, pues por voluntad del legislador es extensible a la conducta punible en general, lo que implica que para el caso del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años puede invocarse, pese a que se trata de una conducta que involucra menores pero no se encuentra exenta y por la característica de la institución jurídica no podría considerarse una de las excepciones consagradas en la Ley de Infancia y Adolescencia.

No obstante, se observa que pese a que el error de prohibición se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde hace varias décadas, son pocas las oportunidades en las que se invoca su aplicación de manera concreta, con frecuencia, se incurre en confusión con la figura de error de tipo tratándose de manera indistinta sin considerar que se trata de exigencias normativas y consecuencias jurídicas diferentes.

La confusión entre error de prohibición y error de tipo muestra dificultades en la conceptualización de la norma, y aunque la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado criterios que permiten tener claridad frente a los elementos que estructuran el error en sus diferentes modalidades, a partir de la lectura de las decisiones judiciales en las que se ha tratado el tema, se puede concluir con validez que con alguna frecuencia se usan los dos tipos de errores para buscar una absolución, pero se desconoce que en uno u otro caso los aspectos que deben demostrarse son diferentes y las consecuencias jurídicas también, pues mientras el error de tipo invencible genera ausencia de responsabilidad porque debido al convencimiento del autor sobre la ausencia de uno de los ingredientes normativos del tipo, el de prohibición sitúa el convencimiento en una permisibilidad sustentada en sus condiciones, personales, familiares, sociales y culturales. De allí que en decisiones como la adoptada por la Corte Suprema de Justicia en mayo de 2020, se haya aceptado un error de prohibición invencible fundado en el convencimiento del presunto responsable sobre el hecho de tratarse de relaciones sexuales sostenidas con su novia, por quien tenía un amor profundo, circunstancia suficiente para que considerara permitido su comportamiento, con el cual además nunca pretendió generar daño a su compañera sentimental.

En esas condiciones demostrar un error de prohibición, exige que la prueba deba dirigirse a demostrar el grado de convencimiento del sujeto activo y su convicción sobre la permisibilidad para actuar de determinada manera, pese a conocer la existencia de un tipo penal que sanciona el comportamiento. Luego entonces si el convencimiento es un estado interno del sujeto, que se forma a partir de su conocimiento y vivencias, la prueba para demostrar la configuración de un error de prohibición debe remontarse al análisis de todas las condiciones particulares, individuales, como la edad, la escolaridad, la estructura familiar, y aquellas de índole social y cultural en las que se desarrolle el modo vivir del presunto infractor con el fin de validar tanto el elemento de convicción como la posibilidad que haya tenido para actualizarlo.

En ese contexto juega un papel importante la diversidad derivada de las costumbres y aspectos culturales que tienen las diferentes comunidades en el país, que se establecen a partir de aspectos regionales, culturales, económicos, sociales, e incluso generacionales, y hacen innegable la existencia de una disparidad de identidades y formas de vida, se trata de elementos que representan características propias del ser humano, y que como tal guardan directa relación con los factores determinantes para individualizarlo, para identificar su entorno, sus convicciones y de manera concreta, su forma de vivir.

No significa lo anterior que en virtud de esa autonomía del desarrollo del individuo se esté en libertad de desconocer el ordenamiento jurídico, sin embargo, en lo que tiene que ver con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, conducta que sin duda tiene alto reproche a la luz del derecho penal colombiano, debido a los bienes jurídicos que se protegen y la condición de menores de las víctimas, en algunos contextos específicos, el error de prohibición puede ofrecer una alternativa de defensa válida, que desde la comprensión de la figura, y por voluntad del legislador, hace posible relevar la responsabilidad, a partir de las condiciones especiales y particulares del sujeto activo, se debe desviar la mirada puesta en la afectación de la víctima para situarla en el procesado.

En síntesis el mayor problema para la aplicación de la figura de error de prohibición invencible en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, surge a partir de la comprensión misma del instituto penal, pues como evidencia de ello, se ha encontrado a voces de la jurisprudencia, que tanto los profesionales dedicados al litigio como los operadores judiciales, incurren en error a la hora de invocar y probar las causales 10 y 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, esto es el error de tipo y el error de prohibición.

Referencias

- Ara, A. C. (2014). La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(2), 243-267.
- Agudelo Giraldo, O. (2018). La pregunta por el método: derecho y metodología de la Investigación . Universidad Católica .
- Barrios, J. O. (2018). El error de prohibición culturalmente condicionado. *Revista Jurídica Derecho*, 114-125.
- Boris, B. G. (2018). Teoría de la Sana Crítica. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Bovino, A. (1989). Culpabilidad, Cultura y error de prohibición. *THEMIS - Revista de derecho* , 31-36.
- Bunge, M. (2001). Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica. Sudamericana.
- Córdoba, J. F. (2012). La evitabilidad en el error de prohibición . Marcial Pons .
- Cortés, L. M. (2009). Reflexiones sobre la Propuesta de Reforma Constitucional en Colombia para la Introduccion de la Cadena Perpetua: Respuesta al Sexual Predator en los Delitos Contra Menores. *Derecho Penal y Criminología* , 135.
- Fernández, J. S. (2011). Causales de ausencia de responsabilidad penal . *Revista de Derecho*.
- Florez Garay, M. F. (2017). Eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo. Eficacia de la implementación del error de prohibición como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo. Universidad Católica de Colombia
- Gomez Pavajeau, C. A. (2018). El Principio De La Antijuridicidad Material. Bogotá: Nueva Jurídica.
- González Rojas, O. G. (2015). La existencia del principio de favorabilidad en delitos sexuales. Universidad Católica de Colombia.
- López Torres, D. M., Rojas Hernández, , S., & Sánchez Montaña, , T. (2017). Fortalecimiento de redes familiares en educación sexual en adolescentes. Universidad Católica de Colombia.
- López, J. O. (2003). Teoría del Delito. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Marin, M. S. (2003). Injusto Penal y Error. Bogotá: Ibañez.
- Mejía Fuentes, F. L. (2015). Rol de la defensa en delitos sexuales con menor de 14 años en etapa de juicio oral. Universidad Católica de Colombia.
- Ochoa, B. F. (2004). El código penal Colombiano de 1890. *Estudios Socio-Jurídicos*,

Poveda, P. A. (8 de 03 de 2006). *Derecho penal en Colombia*. Obtenido de <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2006/03/la-corte-suprema-de-justicia-y-la.html>

Volumen 6, 537.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal - Parte General - Tomo I - Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2a Edición Alemana. Civitas.

Schmidt, R. (1892). *Las percepciones extrajudiciales del Juez en el proceso*.

Sierra Rivera, L. J. (2020). *La igualdad como garantía de los derechos humanos de las mujeres en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad Católica de Colombia.

Stein, F. (1988). *El Conocimiento Privado del Juez*. Bogotá: Temis.

Velasquez, V. F. (1984). *La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales*. *Nuevo Foro Penal. Volumen 24*, 187.

Velásquez, F. V. (2009). *Fundamentos De Derecho Penal - Parte General*. Bogotá: Comlibros.

JURISPRUDENCIA

Casación , ID 409290, PROCESO 10909 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana 30 de Abril de 1996).

Casación , ID 376318 PROCESO 20929 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana 7 de septiembre de 2005).

Casación, 408010 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia 24 de abril de 1993).

Casación, 408592 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana 25 de abril de 1994).

Casación, ID 409903 PROCESO9382 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana 15 de octubre de 1997).

Casación, ID380046 PROCESO28984 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana 19 de mayo de 2008).

Corte, S. d.-R. (25 de marzo de 2021). *Consulta jurisprudencial - Rama Judicial*. Obtenido

de://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtmll

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal Segunda instancia 28984, 19 de 05 de 2008).

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación, 18455 7 de Septiembre de 2005).

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación, SP921-2020 (6 de Mayo de 2020).

Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Santa Rosa De Viterbo Sentencia Segunda Instancia, 157573189001201300096-01 (4 de Mayo de 2016).